

DEFENSA EN JUICIO

Unas palabras sobre su efectivo ejercicio y la importancia de la posibilidad de interrogar testigos. Alternativas para una efectiva igualdad de armas

Por Ignacio Matias Mouriño ¹ 

SUMARIO

I. Introducción	01
II. Concepto, defensa material, técnica y efectiva	02
III. Potestad de intervención en el proceso, posibilidad de entrevistar testigos	05
A. El interrogatorio de testigos durante las etapas de investigación preliminar	06
B. El interrogatorio de testigos durante el debate o etapa plenaria	10
IV. Reflexiones finales	16

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis del derecho constitucional de defensa en juicio y qué es lo que implica en concreto su ejercicio, partiendo de las distinciones entre defensa técnica, material y efectiva.

Acerca de este último concepto, desde ya adelanto que lo considero una síntesis del instituto analizado, toda vez que engloba lo que es el buen ejercicio de la defensa en juicio.

Sin perjuicio de ello, el trabajo se centra en el estudio de una arista, en particular de la garantía en trato, que es la oportunidad fáctica con la que debe contar la defensa de interrogar testigos de cargo, considerando ello como un elemento crucial para la existencia plena de igualdad de armas, y en consecuencia para un proceso plenamente contradictorio. La imposibilidad, por el motivo que sea, de interrogar a los testigos de cargo implica la reproducción de prácticas procesales inquisitoriales, las que, al menos paulatinamente, considero que deben ser abandonadas.

1. Defensor Oficial del Fuero Criminal y Correccional del Departamento Judicial Moreno-Gral. Rodríguez.

La posibilidad de entrevistar y/o interrogar testigos no se encuentra legislada en ninguna norma local, ni aun en la Carta Magna, sin embargo por los tratados internacionales rubricados por el Estado Argentino se nos impone a los operadores del sistema a modo de “garantía mínima” para un correcto desarrollo del derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, luego de esta somera introducción pasaremos a analizar cuáles sus alcances para la doctrina y jurisprudencia local, como así también la interamericana, comenzando por sus conceptos básicos.

II. CONCEPTO, DEFENSA MATERIAL, TÉCNICA Y EFECTIVA

La defensa en juicio es un derecho constitucional del imputado. Como tal, merece ser garantizado, desde todos los roles del proceso penal. Sin embargo, si recordamos al requisito de “defensa” como uno de los elementos que hacen al proceso (acusación + defensa + prueba + sentencia = juicio)², entonces parecería que el requisito de la defensa se erige como un interés superior; no solo para la parte en concreto, sino para todo el proceso en sí. No hay sentencia justa sin defensa.

Es así que, partiendo de la letra del artículo 18 de la Carta Magna, se consagra como inviolable “la defensa en juicio de la persona y de los derechos”.

Es la facultad que toda persona tiene para contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer su defensa en todo proceso donde se vea involucrado.

En el plano internacional, tanto en los pactos como en los tratados, salvado las diferencias que hay entre ellos, todos mencionan a la defensa en juicio como un derecho esencial del encausado.

Así, podemos destacar el art. 11, inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 8, inc. .2, apartados e) y d) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 14, inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte IDH sostuvo que se trata de *un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero*

2. CSJN, Tarifeño Francisco s/ Recurso de Hecho, Considerando 3, en el que la Corte sostuvo que la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:155 7, entre muchos otros).

sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. A la vez que se expresó que debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible, y que solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo en su caso, la etapa de ejecución de la pena³.

El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con el resto; por la otra es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta⁴.

Es por ello que se la denomina como *meta garantía*, porque sobre su existencia y ejercicio descansan la legitimidad del proceso penal, de ahí su importancia, porque se su cumplimiento deriva la verdadera existencia del debido proceso penal.

La defensa en juicio tiene dos aristas, la primera de ellas es conocida como la defensa material, que puede definirse como la directa intervención del inculcado en el proceso, es la facultad de este de bregar a favor de su inocencia por sí mismo. Se trata de la parte del ejercicio de la defensa que lleva a cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades. Consiste en sus propias expresiones defensivas, volcadas en las explicaciones que vierta cuando declare en las sucesivas etapas del proceso; cuando se confronte con la víctima, un testigo o coimputado en un careo; cuando ejerza la facultad de interrogar personalmente a un testigo⁵.

En otras palabras, es la efectiva intervención del acusado, comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la llevar a cabo todas actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe; con cierto simplismo, que en este tema no es recomendable, sino tan solo para lograr una aproximación,

3. Corte IDH, Caso Ruano Torres, párrafo 153. El texto cita el precedente del mismo tribunal Barreto Leiva

4. BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, editorial Ad Hoc, 155

5. JAUCHEN, Eduardo, *Derechos del Imputado*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 154

esas actividades pueden sintetizarse en: la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que el mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer la razones fácticas y jurídicas para obtener una sentencia favorable según su posición que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal⁶.

Así se ha dicho desde hace décadas que el abogado o consejo que era la costumbre el dar a los acusados no es un privilegio dado las ordenanzas ni por las leyes: es una libertad adquirida por el derecho natural que es más antiguo que todas las leyes humanas. La naturaleza enseña al hombre a tener como recursos a las luces de los demás, siempre que él mismo no posea bastante para conducirse, y a que busque socorros cuando se reconoce demasiado débil a sí mismo⁷.

De este modo, queda claro que el rol de abogado dentro del proceso no es, como comúnmente se ha dicho, de auxiliar de la justicia sino que tiene un interés netamente parcial en pos de una mejor posición de quien ha sido llevado a juicio o se encuentra inmiscuido en el marco de una investigación. Sin embargo la defensa en juicio no es únicamente un derecho disponible por parte del imputado, sino que también está en juego la legitimidad del juicio y del proceso en general conforme a lo exigido por el Estado de Derecho⁸.

Dicho de otro modo, el rol del abogado no es una función pública, sin embargo su accionar brindando un buen servicio de defensa legítima al proceso, toda vez que de un buen ejercicio de la defensa se puede desprender que el resto de las garantías también se han visto satisfechas ello en cuanto, como expresamos líneas arriba, esta garantía es la que tiene la llave para el cumplimiento todas las demás.

Es que, en nuestro ordenamiento, la defensa técnica tiene carácter obligatorio, habida cuenta que de su buen desarrollo depende la legitimidad del proceso todo. Es así que se sostiene que el defensor penal es fundamentalmente un custodio de las garantías dentro del proceso⁹.

6. MAIER, Julio B.J, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editores del Puerto, 547

7. Así definía Guillaume de Lamoignon, primer presidente del Parlamento de Paris, al rol del abogado en el marco de la defensa. Jauchen, Op. Cit., 155

8. BINDER Alberto, Op. cit., 159

9. BINDER, Alberto, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ed. Ad Hoc, 43.

De ahí surge que la defensa debe ser eficaz, bien podría definirse el término de defensa técnica eficaz aplicando la teoría matemática de conjuntos, tantas veces enseñada en las escuelas primarias, si bien puede parecer básico y poco elaborado, entiendo que resulta claro y gráfico para el lector. El concepto cuestión se ubica en la intersección entre las dos aristas de la garantía antes desarrolladas, es decir la defensa material y la técnica.

Se trata del punto de encuentro entre las intenciones y la posibilidad de que el imputado ejerza su defensa más la aplicación de los conocimientos técnicos y del oficio de abogado que pone a disposición del encartado.

Más allá del concepto plasmado líneas arriba, entiendo que la verdadera efectividad de la defensa se encuentra dada en la vigencia de un sistema procesal adversarial, que tenga como premisa la igualdad de armas entre las partes.

La defensa efectiva es el necesario paso previo para una sentencia justa, y ese es el verdadero rol con el que se encuentra comprometido el abogado defensor.

III. POTESTAD DE INTERVENCIÓN EN EL PROCESO, POSIBILIDAD DE ENTREVISTAR TESTIGOS

De las tareas a ser desempeñadas en el ejercicio de la defensa efectiva, una de ellas, que entiendo crucial y sobre la que nos concentraremos en este apartado, es la facultad de entrevistar e interpelar testigos durante la sustanciación del proceso.

La CADH establece en su apartado f) del art 8, inc.2 el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. En esta inteligencia puede observarse que la convención consagra una obligación de base para el estado parte, es decir que el haber suscripto el tratado nos obliga a asegurar la posibilidad de, ante la jurisdicción, contradecir la prueba de cargo durante la sustanciación del proceso.

La Corte de IDH, como último interprete de la convención consideró como garantía mínima del derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en

el tribunal, y puntualmente remarcó que ello materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal¹⁰.

Ahora bien, el sistema procesal bonaerense, desde la vigencia de la Ley N.º 11.922 ha adoptado características acusatorias, sin embargo aún conserva dos etapas claramente diferenciadas como son la de investigación o de instrucción, y una segunda plenaria o de juicio. En ambas etapas del proceso se llevan adelante declaraciones testimoniales bien diferenciadas en cuanto a su modo de concreción, es por ello que merece un comentario como es que afecta al rol del defensor la imposibilidad dar cumplimiento con la potestad de interrogar testigos:

A. El interrogatorio de testigos durante las etapas de investigación preliminar

La potestad de interrogar testigos tiene que ver directamente con la vigencia de un verdadero sistema de índole adversarial. En contraposición a ello es la lógica de tinte inquisitiva la que repele la verdadera igualdad de armas y que con un método secretista procede, en las etapas preparatorias al debate, a llevar adelante toda clase de testimonios sin ningún tipo de control de la contraparte. Estas piezas procesales, al ser factibles de ser reproducidas nuevamente, no acarrear un acto pasible de ser nulificado, sin embargo son la columna vertebral del plexo probatorio que justifica encierros sin condena.

El contralor de los testimonios que se producen en esta etapa depende de la buena voluntad e intención del organismo instructor, y no de una obligación legal, si bien es deseable.

No debemos olvidar que la defensa en juicio debe poder ser ejercida a lo largo de todo el proceso, esto incluye la etapa de investigación, que no puede ser subestimada, toda vez que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan primordialmente en esta etapa¹¹.

Ya sea en testimonios recibidos en sede policial, o por agentes del Ministerio Público Fiscal pero sin la presencia de la defensa. En la práctica diaria, estos elementos de prueba se producen a espaldas de los organismos de defensa. En

10. "Norin Catriman y otros dirigentes, miembros y activistas del pueblo mapuche vs Chile", sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 242.

11. BINDER Alberto, op cit., 162.

su mayoría se trata de los actos procesales que se desarrollan en los primeros momentos de las investigaciones que resultan de vital importancia para la construcción de la hipótesis acusadora.

Estos plexos probatorios con una mirada de construcción unilateral son los que habilitan encierros sin condena, avalados por los organismos jurisdiccionales de garantías, habida cuenta que en la gran mayoría de los casos solo obran testimonios recabados sin el contralor de la contraparte, que solo intentan reproducir la hipótesis acusadora, reproduciéndose así una lógica inquisitiva que a su vez decanta en que personas permanezcan privadas de su libertad durante toda la investigación; y si bien escapa al objeto de este trabajo resulta válido de mencionar que llegado el momento del plenario o debate, con el imputado bajo el instituto de prisión preventiva favorece la utilización del juicio abreviado.

Dicho de otro modo, los elementos de prueba que allí se producen son los que llevan en lo concreto a la determinación o no de alguna medida asegurativa al proceso y que en muchas ocasiones determinan hasta un cierre anticipado del proceso.

Esta imposibilidad de participación en los testimonios llevados a cabo a espaldas de la defensa durante esta etapa incipiente del proceso, podría entenderse como una de las causales del uso abusivo de la prisión preventiva y en algunos casos, como ya mencionara, hasta la justificación perfecta para la finalización de alternativa a través de medios abreviados, toda vez que la salida del proceso a través de estos métodos puede obedecer a cuestiones de oportunidad y conveniencia de los acusados, sobretodo sí se trata de imputaciones con penas cortas en las que la utilización del instituto significa de seguro una medida liberatoria.

Es decir, que la opción de abreviar un proceso se deba a la inminencia de una medida liberatoria por el acuerdo abreviado al que se ha llegado con la contraparte procesal, y no a razones netas de responsabilidad penal real del sometido a proceso.

Este es el alma de los sistemas inquisitivos que se reproduce hoy día en nuestro ordenamiento procesal, estos métodos no buscan la averiguación o reconstrucción de la verdad, *el valor de este ritual tuvo y aún mantiene en nuestra cultura jurídica occidental, especialmente, en la vigencia de demandar u obtener no im-*

*porta de qué manera, una confesión por parte del criminal convicto; quien será condenado con o sin ella*¹². Es decir, que a lo que se trataba de arribar era a la mera extracción de una confesión del imputado, lo que reproduce hoy día con el proceso centrado en la declaración imputativa o indagatoria.

Así es como se dejan de lado durante esta etapa preliminar cuestiones que le resultan por su génesis irrelevante, como es el rol del defensor controlando la prueba, para centrarse en la sospecha, confesión y construcción de culpabilidad.

En lo concreto, en el sistema de nuestra provincia la investigación se encuentra a cargo del Ministerio Público Fiscal¹³, en este sentido la defensa carece de las herramientas para producir prueba que sea incorporada por lectura al debate.

En cambio, su contraparte procesal, en su rol de impulsor de la acción, puede producir elementos que apoyen su hipótesis que potencialmente pueden argumentar una sentencia condenatoria, *de tal forma que cuando se incorpora por lectura un testimonio producido durante la instrucción o preparación del juicio, la parte acusadora cuenta con una clara ventaja respecto de la defensa*¹⁴.

Existe una falsa creencia que donde debe darse el real cumplimiento a esta garantía es durante las etapas de debate o plenarias, esta premisa no solo pasa por alto, lo que expresado en los párrafos anteriores, respecto de las consecuencias de encierros cautelares que conllevan estas prácticas, sino que principalmente no existe motivo alguno para sostener que una garantía constitucional deba volverse operativa en el juicio.

Por el contrario, véase que el art. 1 del CPPBA¹⁵ reitera la misma fórmula que la Carta Magna respecto del garantía de defensa en juicio, y *[m]as allá del alcance que*

12. TEDESCO, Ignacio F., (2010), *La sospecha y su intolerancia*, Revista Derecho y Barbarie, Año 3, N.º 3, 34.

13. Así lo establece el art 267 del CPPBA: La Investigación Penal Preparatoria estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, según las disposiciones de la ley y la reglamentación que se dicte, debiendo el Fiscal proceder directa e inmediatamente a la investigación de los hechos que aparezcan cometidos en la circunscripción judicial de su competencia. Si fuere necesario practicar diligencias fuera de su circunscripción, podrá actuar personalmente o encomendar su realización a quien corresponda.

14. SCHIAVO, Nicolás, *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 2, Ed Hammurabi, 355

15. Art. 1 CPPBA: *Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución de la Provincia y competentes según sus leyes reglamentarias; ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de este Código; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Es inviolable la defensa de las personas y de los derechos en el procedimiento. En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al imputado. La inobservancia de una regla de garantía establecida en beneficio del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio*

*pueda darse a estas garantías, la expresión siempre está referida a todo momento del procesal...*¹⁶. Es decir, que no existe motivo alguno para sostener que hay un momento oportuno para cumplir o hacer valer una garantía del debido proceso, la defensa en juicio y todas las aristas que comprende debe poder ser ejercida en todo momento.

Si bien como ya manifestamos líneas arriba, normativamente el Agente Fiscal no se encuentra obligado a notificar a la defensa de los testimonios que este recopile durante la instrucción, sin perjuicio de ello sí es deseable que esto ocurra si pretendemos cumplir con la manda constitucional.

Para ello solo basta realizar el siguiente recorrido lógico: la garantía en cuestión, es decir puntualmente que la defensa controle la prueba que produce la contraparte tiene como finalidad evitar condenas a inocentes, toda vez que nadie pretende que quien no haya cometido un delito sea condenado, o que se le infrinja un castigo tan duro como lo son las penas privativas de la libertad.

Ahora bien, qué ocurre con los encierros anticipados o prisiones preventivas, por qué una garantía es tenida en cuenta para fundar condenas pero no para fundar encierros sin condena, toda vez que sus efectos resultan ser idénticos. Quienes sufren los efectos de la prisión preventiva permanecen alojados en idénticos lugares y bajo regímenes similares que quienes se encuentran ya condenados.

Claro está, que la prisión preventiva solo puede cimentarse en la existencia de peligros procesales debidamente acreditados, pero no puede desconocerse que la cuestión probatoria es fundamental para ello. Es el requisito primero para poder solicitar cualquier medida cautelar sea de índole punitiva o no, se trata de la verosimilitud del derecho que debe existir para poder decretarla. En este caso es la sospecha cierta de que determinada persona ha cometido un delito, sin ello no debería ser válida ninguna medida de encierro.

Ante este panorama, es que podemos deducir que si bien no existe una exigencia normativa directa para que los testimonios producidos durante la instrucción

16. BERTOLINO, Pedro J., SILVESTRINI, Alberto, *Proceso y Procedimientos Penales de la Provincia de Buenos Aires*, Abeledo Perrot, 388.

sean controlados por la defensa, si existen buenas razones para que desde esa etapa se dé cumplimiento con la garantía.

Cierto es, que en la práctica forense cotidiana, es casi de cumplimiento imposible que todos los testimonios sean controlados por la defensa. No resulta lógico que pretenda presenciar hasta los testimonios de testigos de concepto de un informe socio-ambiental. Sin embargo, sí es deseable su presencia en aquellas que resulten centrales o esenciales del conflicto, al momento de judicializar sus dichos se notifique a la defensa.

Ello permite que el control de la prueba se realice desde un primer momento, lo cual asegura un mejor derecho de defensa en juicio, pero por sobre todo un mejor y más certero plexo probatorio, en cuanto la prueba que se encuentra controlada por ambas partes, es lo que asegura la averiguación de la verdad o lo que conduce a un resultado del proceso con mayor correlación con la verdad material.

De ahí que resulta igual de importante controlar la prueba en la etapa plenaria, como así también la de instrucción, toda vez que las consecuencias de no hacerlo parecen similares. Se trata siempre de personas privadas de libertad.

B. El interrogatorio de testigos durante el debate o etapa plenaria

La etapa del debate es el momento procesal en el que efectivamente debe de llevarse a cabo la materialización del contradictorio, es el ámbito en el que debe reinar una plena igualdad de armas entre las partes si lo que pretende es que se trate una contienda justa, de la que resulte una sentencia equilibrada, como producto del encuentro de las teorías del caso y de los elementos prueba que tanto la acusación como la defensa llevaron a conocimiento del tribunal o jurado.

La discusión, en este punto está dada en contraposición con la figura de la incorporación por lectura, toda vez que esa es la puerta de entrada al debate para los elementos de prueba que nunca fueron controlados por la contra parte.

En el ámbito nacional o federal regula el art 391 del CPPN¹⁷, mientras que en nuestro régimen provincial se establece en similares términos en el art. 366¹⁸ del CPPBA¹⁹.

Esta habilitación, según sostiene Schiavo, es la posibilidad de que se introduzcan por lectura pruebas al debate desde las cuales se pueda fundar una condena, aunque sea por las limitadas excepciones previstas.... tiene como contrapartida la vulneración al principio de defensa en juico²⁰.

Si bien esta postura de permitir bajo la circunstancias que cada ley procesal estable, la incorporación por lectura de testimonios que se produjeron en instancias anteriores tiene favorable acogida en parte de la jurisprudencia, el estándar mínimo que la Convención establece fue recogido por la CSJN en el precedente Benítez al sostener que, el tribunal de juicio fundó la sentencia de condena en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar, en desmedro del derecho consagrado por los arts. 8, inc. 2, apdo. f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

17. Art. 391 CPPN, *Las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo en los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción: 1º) Cuando el ministerio fiscal y las partes hubieren prestado su conformidad o la presten cuando no comparezca el testigo cuya citación se ordenó. 2º) Cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar la memoria del testigo. 3º) Cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar. 4º) Cuando el testigo hubiere declarado por medio de exhorto o informe, siempre que se hubiese ofrecido su testimonio de conformidad a lo dispuesto en los artículos 357 ó 386.*

18. Art 366 CPPBA, *Las actuaciones de la investigación penal preparatoria no podrán ser utilizadas para fundar la condena del imputado. Como excepción se podrán incorporar por su lectura, exhibición o reproducción de audio o audiovisual: La declaración del imputado prestada en la investigación penal preparatoria, conforme las reglas que la tutelan. La declaración de quien, al momento de llevarse a cabo la audiencia, hubiese fallecido, se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar o se encontrare ausente sin poderse determinar su paradero a condición de que tal circunstancia sea comprobada fehacientemente. Las declaraciones de los imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible objeto del debate. La denuncia, la prueba documental o de informes, las filmaciones o grabaciones y las actas de inspección, registro domiciliario, requisita personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate al solo efecto de verificar sus contradicciones, incongruencias u omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la documentada. Las declaraciones o dictámenes producidos por medio de comisión, exhorto o informe, siempre que se hayan respetado las reglas del artículo 241 y se estimare innecesaria su reproducción en la audiencia. Las actas de anticipos extraordinarios de prueba, y las declaraciones testimoniales de niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal exijan la comparecencia personal del declarante, cuando sea posible. Cualquier otro acto o acta del proceso cuando la totalidad de las partes presten conformidad en la audiencia preliminar o lo consientan en la del debate, subordinado a la aquiescencia del Juez o Tribunal."*

19. Cabe destacar que en su redacción original la redacción del art. 366 resultaba aún más permeable para que se oralizaran en el debate pruebas producidas en instancias anteriores, y sin el debido control de la defensa, toda vez que expresaba simplemente en su enunciado: podrán ser incorporados por su lectura. En cambio su nueva redacción no solo especifica que deben ser las actuaciones de la investigación penal preparatoria, sino que modifica su fórmula resaltando que la incorporación por lectura es la excepción y no la regla. Sin embargo, en lo central, tanto en el ámbito nacional como en el provincial, se admite posibilidad de incorporar elementos de prueba que se produjeron en etapas anteriores.

20. SCHIAVO, Nicolás, op. Cit., 354.

A la vez que explicó esta garantía no se supe con los esfuerzos del estado para hacer comparecer a los testigos a juicio si es que estos son infructuosos explicando que ello *carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal. De allí que la invocación de la de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba*²¹.

En lo que respecta al ámbito de la provincia de Buenos Aires, el Tribunal de Casación provincial como el máximo organismo en materia penal, lejos está de encontrar un criterio uniforme sobre el tema, admitiendo alguna posibilidad de modo excepcional de incorporación por lectura de prueba de cargo sin el debido control de la defensa. En otras oportunidades parecen no haber objeción alguna, ni encuentran óbice constitucional alguno. Del mismo modo se ha expresado desechando la posibilidad de fundar una sentencia basada en testimonios no controlados por la defensa²².

Así sostuvo la Sala V del mencionado tribunal, con el voto encabezado por el juez Celesia, que: *En el caso de testimonios recibidos en la etapa investigativa sin posibilidad de control de la defensa, el eventual detrimento al derecho constitucional garantizado por los artículos 8° inciso 2° “f” de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 inciso 3° “e” del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se produce cuando es recibida la declaración o denegada la petición de la defensa de interrogar al testigo y no en el debate, momento en que habiéndose tornado ya imposible el ejercicio de aquel derecho, se decide la incorporación por lectura de la diligencia en virtud de la muerte, inhabilitación o ausencia del órgano de prueba.*

Y es por ello que concluye que *sin perjuicio de que las garantías antes consignadas –referidas, respectivamente, al derecho a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y al de hacer lo propio con los testigos de cargo– no pueden estimarse absolutas, sino sujetas a excepciones reglamentarias que no las alteren ni supriman mediante una regulación irrazonable o manifiestamente inequitativa (conf. arts. 14 y 28 de la C.N.), lo cierto es que el artículo 366 inciso 3° del Código Procesal Penal, en sí mismo, no introduce ninguna restricción a aquel derecho ni al principio de*

21. “Benítez, Anibal Leonel s/ lesiones graves”, Causa N° 1524, B. 1147. XL.

22. SCHIAVO, Nicolás, op. Cit., 366.

*bilateralidad e igualdad entre las partes, sino que sólo permite la incorporación por lectura de testimonios de la instrucción en supuestos excepcionales en los que la reproducción y control de esa prueba resulta ya imposible y las partes consideran su ameritación indispensable*²³.

Si bien se advierte una colisión entre la norma procesal que habilita a la incorporación por lectura, y la facultad consagrada por los tratados internacionales, el voto concluye a que esta garantía se limita solo a los testigos presentes en el tribunal, toda vez que en estos casos se trataba de testigos cargo ausentes en el debate.

Por otra parte la Sala III, con voto encabezado por el juez Borinsky sostuvo que: *La garantía de defensa en juicio incluye el derecho a controlar y discutir las pruebas: La decisión del tribunal de disponer la incorporación por lectura de declaraciones cargosas con oposición de la defensa vulnera el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, que establece el artículo 14.3.e. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

Y concluyó que: *aun cuando la defensa no hiciera reserva ante la resolución que dispusiera la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales mencionadas, el agravio se vincula con la transgresión de garantías constitucionales y la solución dada al caso no es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico*²⁴.

Como vemos, en el presente caso se le da una mayor trascendencia a la inviolabilidad de la garantía de defensa en juicio y a la real posibilidad que debe tener de interrogar testigos durante el debate.

Por su parte la Sala II, con el voto encabezado por el juez Celesia, se refirió a la regulación que tiene la garantía aún con los testigos que se encuentran presentes en el debate y expuso que *la facultad de interrogar a los testigos, pero ese derecho no es absoluto sino que se encuentra sometido a los límites impuestos por las reglamentaciones a fin de garantizar el orden de los procesos y en consecuencia la admisión de preguntas durante el juicio puede estar válidamente condicionada a*

23. TCPBA, Sala V, Causas N.º 60251 y su acumulada N.º 60276, de fecha 15/7/14. En igual sentido se expresaron en Causas N.º 47.194 y N.º 47.196 de la Sala II, de fecha 1/11/11, Causa N.º 12.349 de la Sala II, de fecha 18/11/08 y en Causa N.º 15423 de la Sala II, de fecha 14/6/05.

24. TCPBA, Sala III, Causa N.º 7259, de fecha 15/4/10.

*criterios de pertinencia que deberán ser analizadas en cada caso en particular para evaluar su razonabilidad*²⁵.

El cuestionario que la defensa desee realizar sobre los testigos encuentra un límite y está dado por las pautas que el tribunal para dirigir el debate, es decir que las preguntas deben tener estricta relación con el objeto procesal.

La Sala III, en una oportunidad anterior a la referida y también encabezado con el voto del juez Borinsky sostuvo que: *lo irreproducible es el acto mismo del procedimiento, en cuanto no se puede repetir el encuentro de policías, imputados, ni las detenciones y secuestros, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron; pero ello de ningún modo constituye un aliviador procesal para tener por incorporada de tal forma el acta, si la defensa no otorgó su conformidad en alguna de las oportunidades mencionadas en el párrafo anterior.*

A la vez que refiere en primer lugar que *la lectura del acta, a cada uno de los policías intervinientes, en vez del interrogatorio solicitado por las defensas, echa por la borda principios básicos de la oralidad, y resta validez a los testimonios entregados en tales condiciones. Y en igual sentido sostiene que: el testimonio de la víctima, incorporado por lectura en los términos del artículo 366 inciso 3° del Código Procesal Penal impide, por su singularidad, mantener la convicción afirmada en origen, por lo que propongo al Acuerdo se case la resolución impugnada, absolviéndose a los imputados del hecho por el que fueran acusados.*

Del voto en análisis puede destacarse que no solo el hecho de incorporar por lectura el testimonio de la víctima choca con el derecho de defensa en juicio y la facultad de interrogar a los testigos de cargo, sino que también con los testigos presentes debe dársele real cumplimiento a esta garantía, y es por ello que se tomó como un menoscabo el hecho de dar preeminencia a la lectura del acta, antes que a la preguntas de la defensa.

En similar sentido en el voto del juez Domínguez, quien adhirió al de Borinsky expresó: *la lectura del acta a cada uno de los funcionarios policiales, pese a la oposición de la Defensa, infringe las normas sobre la recepción de las declaraciones*

25. TCPBA, Sala II, Causa N.º 23640, de fecha 12/02/08.

testimoniales y atenta contra principios básicos del sistema acusatorio, en donde necesariamente se debe privilegiar la posibilidad de confrontar la prueba rendida ante las partes a desarrollarse en audiencia oral.

A su vez, respecto del testimonio de la víctima en el caso, sostuvo que no puede ser utilizada válidamente como prueba de cargo. Destacando que la incorporación por lectura de testimonios incriminantes –como en la especie– impiden repreguntar al acusado, y afecta el debido proceso al comprometer el ejercicio del derecho de defensa en juicio. Ello confronta, lo dispuesto por los artículos 8., inc.2, apdo. f) del Pacto de San José de Costa Rica; art. 14, apdo. e) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, normas que consagran respectivamente, el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos presentes en la audiencia principal, y el de toda persona acusada de delito a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.”

Para finalizar su voto poniendo de resalto, con citas de Dr. Carrió, que cuando un testigo declara, no se lo “carea” con ninguna declaración previa, porque ésta simplemente no existe. La regla constitucional según la cual toda persona tiene derecho a confrontar los testigos que sirven de base a la acusación da origen a estos principios²⁶.

Como bien se dijo líneas arriba no existe un criterio uniforme en el Tribunal, si bien se reconoce que existen colisiones entre la norma que habilita la incorporación de testimoniales por lectura y el derecho que la defensa tiene de interrogar a quien depone, en algunos casos sí se aceptan el ingreso de las piezas producidas en etapas anteriores. Parece ser, según la jurisprudencia reseñada que la clave está dada por la trascendencia del testigo cuyos dichos se pretenden ingresar. Es decir que no es lo mismo la incorporación por lectura del testimonio de la víctima o denunciante, que el de un mero testigo de actuación, toda vez que uno hace al meollo de la resolución del caso, mientras que el otro, probablemente resultará periférico.

Sin embargo, parece haber acuerdo en que, la reproducción de los elementos llevados a cabo en esta etapa, debe ser excepcional y taxativa, toda vez que implican la afectación de la inmediación y a los principios que rigen el sistema acusatorio.

26. TCPBA, Sala III, Causa N.º 3500, de fecha 28/10/04.

Al respecto, entiendo que la figura de la incorporación por lectura, no resulta inválida o contraria a la inviolabilidad de la defensa en juicio *per se*, sino que lo que la torna dañina es que lo que se incorpore por este medio solo provenga de una parte del proceso.

Lo que no puede admitirse en esta etapa procesal, que como sostuve en el principio del apartado, es donde debe de producirse la prueba que fundará la sentencia, es que se llene con elementos producidos unilateralmente y sin el acuerdo de las partes para su ingreso.

No existe duda que las pruebas testimoniales son las piezas fundamentales para argumentar sentencias y es por ello que resulta necesaria la presencia y contralor defensorista para que puedan ser consideradas.

V. REFLEXIONES FINALES

La falta de contralor por parte de la defensa de los primeros testimonios de la investigación es la causal de muchas de las prisiones preventivas que se dictan en la actualidad.

Por otra parte, tal como analizamos, son varias las ocasiones en que testimoniales producidas sin el contralor de la defensa ingresan al debate por su mera lectura.

De este modo, el proceso penal tal como está estructurado no solo justifica medidas cautelares con pruebas producidas unilateralmente, sino que en ocasiones esas mismas pruebas son las que justifican sentencias condenatorias.

En este sentido, a modo de ensayo, para intentar una alternativa superadora de un mayor equilibrio entre las partes, solo bastaría reforzar las chances de la defensa participar en los primeros testimonios de la investigación, toda vez que como sostuvimos anteriormente, si bien esto no surge de una manda legal sí es deseable que ocurra.

En primer lugar, porque las decisiones interlocutorias que se tomen durante las etapas preliminares serán más justas si los elementos de cargo son controlados por ambas partes. Probablemente también se evitarían medidas cautelares inútiles, y se atenuaría la discusión que se origina con el ingreso de testimonios

por simple lectura, toda vez que habría sido previamente controlados por ambas partes. Sin embargo aún persistirá la falta de intermediación y la oralidad.

Sin embargo, lo que realmente resulta deseable es que cada parte pueda ofrecer su prueba y controlar la del contrario durante la sustanciación del juicio.

Falso es que los testigos lo son del proceso, más aún a la luz de los sistemas de tinte adversarial –que aparecen como superadores aún de los acusatorios- y sus nuevas técnicas de litigación, donde los testigos son de la parte y se expresan para reforzar la teoría del caso de quien lo ha ofrecido, así con buen tino se señala que *de ahí la frase del juez al dar comienzo al interrogatorio: sr. Fiscal (o sr. defensor), su testigo, y no terceros auxiliares del tribunal*". Lo que despeja cualquier duda quien es el interesado en ese testimonio. Es así que *"la regla general es que ellos tengan una predisposición favorable respecto de la teoría del caso que esta parte sostiene, al menos en tanto la versión de este testigo es precisamente, consistente con la del abogado que lo ofrece como prueba"*²⁷.

Esto es la plena vigencia de un sistema con igualdad de armas entre los litigantes, es decir la posibilidad real y no ficta de interrogar, con lo que *no resulta razonable exigir como estándar la mera posibilidad en abstracto de control de la prueba, sino que entiendo más adecuada una posibilidad de efectivo control*. Esto es, cuando se refiere a una oportunidad adecuada y apropiada debe implicar necesariamente, un acto procesal concreto en el que el imputado y/o su defensa intervinieron o bien fueron debidamente notificados para que pudieran hacerlo²⁸.

Para concluir, entiendo que lo esencial es la efectiva oportunidad de que la defensa entreviste e interpele a los testigos de cargo. La situación ideal es que se desarrolle en el marco de un procedimiento adversarial y en una etapa de debate. Sin embargo, si aún no estamos en condiciones de avanzar de modo pleno a esa clase de procesos, lo cierto es que con un real y efectivo fortalecimiento de los servicios públicos, que toman la mayor parte de los casos, nos acercamos al cumplimiento de los estándares mínimos establecido por la CN y que fueron recogidos en la jurisprudencia internacional.

27. BERTELOTTI, Mariano L., *Derecho Procesal Penal, Actos procesales prueba*, Ed. Hammurabi, 239.

28. MUÑOZ, Damián, *El derecho a interrogar a los testigos, la incorporación por lectura y la distorsión de la oralidad en la etapa de juicio*, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, Tomo 4, Ed Hammurabi, 132.